

**М. Погорецький**, кандидат юридичних наук, доцент

## **Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»: проблеми застосування окремих норм**

Прийняття Закону України від 18 січня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» спрямоване на подальше вдосконалення правового регулювання оперативно-розшукової діяльності і перш за все на посилення захисту прав людини в цій специфічній галузі правової сфери.

Зазначеним Законом внесено зміни до статей 1, 5, 6, 7, 8, 9 і 14 та доповнено його новими статтями: 9<sup>1</sup> «Строки ведення оперативно-розшукових справ» і 9<sup>2</sup> «Закриття оперативно-розшукових справ». Незважаючи на внесені до Закону зміни і доповнення, деякі питання оперативно-розшукової діяльності залишаються недостатньо врегульованими, що призводить до труднощів у застосуванні на практиці окремих його норм.

Одним із таких питань є недостатньо чітка визначеність кола суб'єктів, яким надано право проводити оперативно-розшукову діяльність.

Так, в абз. 2 ч. 1 нової редакції ст. 5 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі — Закон про ОРД) передбачено, що оперативно-розшукова діяльність здійснюється оперативними підрозділами органів внутрішніх справ — кримінальною, транспортною та спеціальною міліцією, спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів і учасників кримінального судочинства. .

Як у попередніх, так і в теперішній редакції цієї статті не виправдано не названі всі підрозділи МВС України, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Це такі як підрозділи внутрішньої безпеки, оперативно-технічний, кримінального пошуку (розвідки), державної служби боротьби з економічною злочинністю.

Правильне розуміння системи підрозділів МВС, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, ускладнюється

тим, що до цього часу немає єдиного законодавчого тлумачення самого поняття «кримінальна міліція». В законодавстві України не існує норми, котра б встановлювала вичерпний перелік підрозділів МВС, які належать до «кримінальної міліції». Не дає відповіді на це питання й Закон України від 20 грудня 1990 р. «Про міліцію» з подальшими змінами та доповненнями до нього. Деякі підрозділи МВС віднесені до кримінальної міліції підзаконними, в тому числі й відомчими, нормативними актами. Так, відповідно до п. 1 Положення про державну службу боротьби з економічною злочинністю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 липня 1993 р. № 510, ця служба є складовою частиною кримінальної міліції системи МВС і відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 5 Закону про ОРД та пп. 6 п. 4 цього Положення їй надається право проведення оперативно-розшукової діяльності.

В абз. 3 нової редакції ст. 5 Закону про ОРД зазначено підрозділи Служби безпеки України, які проводять оперативно-розшукову діяльність: розвідка, контррозвідка, військова контррозвідка, захисту національної державності, спеціальні підрозділи по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю, оперативно-технічний, внутрішньої безпеки, оперативного документування, боротьби з тероризмом і захисту учасників кримінального судочинства та працівників правоохоронних органів.

В ній не незвані підрозділи контррозвідувального захисту економіки та транспорту. Відомчими нормативними актами вони віднесені до контррозвідки і є її складовою частиною. Але якщо поряд з контррозвідкою в Законі про ОРД зазначається й військова контррозвідка, яка також є складовою частиною контррозвідки, то логічно було б передбачити в цій статті або всі підрозділи контррозвідки, або не вказувати окремо військову контррозвідку.

Неоднозначність законодавчого врегулювання цього питання істотно ускладнює як поновлення прав особи, котрі, як показує практика, нерідко порушуються в процесі їх здійснення, так і використання результатів оперативно-розшукової діяльності цих підрозділів у кримінальному судочинстві для ефективної боротьби зі злочинністю.

Так, у результаті проведення оперативно-розшукових заходів по оперативно-розшукових справах стосовно Л. і М. підрозділами внутрішньої безпеки СБУ було одержано оперативно-розшукові матеріали, які свідчили про вчинення ними тяжких злочинів. На попередньому розслідуванні оперативно-розшукові матеріали були використані для одержання фактичних даних, які стали доказами у кримінальних справах. Але в ході судового слідства було встановлено, що підрозділи внутрішньої безпеки СБУ на час ведення ними оперативно-розшукових справ структурно входили до Інспекторського управління СБУ. Незважаючи на те, що відомчим нормативно-правовим актом їм надавалось право проведення оперативно-розшукових заходів, саме Інспекторське управління СБУ не входило до переліку підрозділів СБУ, встановленого ст. 5 Закону про ОРД, які мали право здійснювати оперативно-розшукову діяльність. Тому докази, одержані органами попереднього слідства на підставі оперативно-розшукових матеріалів, одержаних підрозділами внутрішньої безпеки СБУ, були визнані судами такими, що не відповідають принципу допустимості.

Існуючий у МВС і СБУ порядок надання права проведення оперативно-розшукової діяльності відповідним підрозділам на основі підзаконних, у тому числі й відомчих, нормативно-правових актів не є доступним для широкої громадськості і не виключає можливості невинновданого розширення кола суб'єктів оперативно-розшукової діяльності цими відомствами самостійно на порушення вимог ст. 5 Закону України про ОРД. Тому він повинен бути скасований.

У ст. 5 Закону України про ОРД слід, на наш погляд, вказати повний перелік всіх підрозділів усіх відомств, яким надано право проводити оперативно-розшукову діяльність. Тим більше, що цей перелік, як зазначається у ч. 2 ст. 5 (абз. 8) цього ж Закону, є вичерпним.

Одним із проблемних питань застосування Закону про ОРД у практичній діяльності, яке негативно відображається на взаємодії органів слідства та дізнання (в тому числі й органів, яким відповідно до ст. 5 Закону про ОРД надано право здійснення оперативно-розшукової діяльності та які не є органами дізнання), є відсутність в Законі про ОРД норми, яка б встановлювала вичерпний перелік оперативно-розшукових

заходів, як це має місце в законах про ОРД інших країн<sup>1</sup> та порядок їх здійснення і санкціонування. Оперативно-розшукові заходи лише в загальній формі зазначені в ст. 8 Закону про ОРД, яка встановлює права підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Вичерпний перелік цих заходів вказаний у закритих відомчих нормативно-правових актах. Процес переходу правового регулювання оперативно-розшукової діяльності із підзаконного рівня на рівень закону повинен привести до встановлення в окремій статті Закону про ОРД системи оперативно-розшукових заходів з вказівкою на те, що їх перелік є вичерпним. За встановлення в Законі про ОРД чіткої системи оперативно-розшукових заходів висловилися 73% респондентів із числа опитаних слідчих та співробітників оперативно-розшукових підрозділів МВС і СБУ.

З питанням встановлення чіткої системи оперативно-розшукових заходів тісно пов'язане й питання щодо меж доручень слідчого органу дізнання про проведення розшукових заходів<sup>2</sup>, яке не розв'язане ні в Законі про ОРД, ні в чинному КПК України, ні в останній редакції його проекту<sup>3</sup>. На наш погляд, доцільно б було доповнити ст. 6 Закону про ОРД вказівкою на те, оперативно-розшукові підрозділи зобов'язані виконувати доручення слідчого про проведення конкретного оперативно-розшукового заходу (наприклад, знімати інформацію з каналів зв'язку та ін.) у кримінальній справі, яка знаходиться в його провадженні. Таке доручення слідчого повинно бути вмотивованим. Але в разі неможливості виконати такі доручення слідчого за відсутності технічних можливостей чи з питань конспірації тощо оперативний підрозділ повинен мати право не виконувати їх. Вирішення спірних питань з цього приводу слід віднести до компетенції прокурора. Ці ж поло-

<sup>1</sup> Див.: Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — № 33. — Ст. 3349; *Горюхинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В.* Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. — М., 1997. С. 196–286; Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. В. Б. Рушайло. Изд. 2-е, исп. и доп. — СПб., 2000. С. 365–375.

<sup>2</sup> Див.: *Погорецький М.* Межа доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів // *Право України.* — 2000. — № 9. — С. 47–49.

<sup>3</sup> Див.: Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект, підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України. — К., 2000.

ження мають знайти своє відображення і у відповідних нормах проекту КПК України.

На нашу думку, на законодавчому рівні слід більш детально визначити й порядок проведення, санкціонування та використання результатів тих оперативно-розшукових заходів, які безпосередньо втручаються в конституційні права і свободи громадян.

Позитивним у Законі про ОРД є те, що він встановив строки ведення оперативно-розшукових справ (ст. 9<sup>1</sup>) та підстави і порядок їх закриття (ст. 9<sup>2</sup>), які не були чітко визначені в попередній його редакції. Але істотним недоліком залишається те, що в ньому не використаний передовий світовий досвід щодо встановлення й строків обмеження проведення оперативно-розшукових заходів, оскільки сьогодні за новою редакцією Закону про ОРД вони можуть проводитися протягом всього строку ведення оперативно-розшукової справи. Такий строк передбачено до 18 місяців щодо встановленої особи (ч. 3 ст. 9<sup>1</sup>); щодо невстановлених осіб, які готують або вчинили злочин, а також осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання, — до їх встановлення або розшуку, але не більше строків давності притягнення до кримінальної відповідальності чи строків давності виконання обвинувального вироку (п. 1 ч. 1 ст. 9<sup>1</sup>); щодо осіб у зв'язку з розслідуванням стосовно них кримінальної справи — до набрання законної сили винесенням щодо них вироком, до винесення постанови суду про закриття справи, ухвали (постанови) суду про застосування заходів медичного чи виховного характеру або до закриття кримінальної справи судом, прокурором, слідчим, органом дізнання (п. 2 ч. 1 ст. 9<sup>1</sup>).

Отже, строк ведення оперативно-розшукових справ в останніх двох випадках може тривати роками, а то й десятиріччями. То який же тоді строк проведення оперативно-розшукових заходів, наприклад, зняття інформації з каналів зв'язку (п. 9 ст. 8); контролювання шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень (п. 10 ст. 8) та ін.? На жаль, чинний Закон про ОРД не дає відповіді на це важливе для зміцнення конституційних прав і свобод особи питання. А тим часом воно повинно бути чітко врегульоване на за-

конодавчому рівні, як це має місце в законодавстві передових демократичних країн<sup>1</sup>.

Недостатньо ефективним у Законі про ОРД є і судовий контроль за проведенням оперативно-розшукових заходів. Хоча в ч. 2 ст. 8 і зазначено, що негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, проте чинне законодавство про оперативно-розшукову діяльність не встановлює, які ж матеріали для обґрунтування свого рішення про проведення оперативно-розшукових заходів щодо втручання в зазначені конституційні права громадян повинні бути подані оперативно-розшуковими підрозділами суду. Не врегульовано також питання про те, яким чином суд після прийняття свого рішення (надання дозволу) про проведення оперативно-розшукових заходів щодо особи здійснює контроль за їх проведенням. Не чітко це питання визначено і в предметі прокурорського нагляду за оперативно-розшуковою діяльністю (ст. 14 Закону про ОРД), тому воно потребує свого подальшого врегулювання.

Нова редакція Закону про ОРД не вирішила до кінця й питання щодо використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному судочинстві, яке є дискусійним у теорії кримінального процесу і оперативно-розшукової діяльності<sup>2</sup>. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД вказується, що ма-

<sup>1</sup> Див.: *Пфайффер Х., Боттгер А.* Подслушивание в США и в Германии // Журнал по вопросам правовой политики. — 1999. — С. 7; *Йорг А.* Ограничение правового государства в германском уголовно-процессуальном праве // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — 1999. — № 3. — С. 22–30.

<sup>2</sup> Див.: *Доля Е. А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. — М., 1996; *Мешков В. М., Попов В. Л.* Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия. — М., 1999; *Корневский Ю. В., Токарева М. Е.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. — М., 2000; *Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г.* Процесуальний статус ОРД у кримінальному судочинстві. — Луганськ, 2000; Про правове та відомче регулювання порядку надання результатів оперативно-розшукової діяльності органам дізнання, слідчому, прокурору та суду // Вісник Запорізького юридичного інституту. — 2000. — № 2; *Зажичкий В.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. — 2001. — № 3 та ін.

теріали оперативно-розшукової діяльності використовуються для одержання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Але відсутність належного правового регулювання цього питання як самим Законом про ОРД, так і КПК призводить до того, що ця норма не виправдано рідко застосовується в практичній діяльності, що в цілому негативно позначається на ефективності кримінального судочинства.

Положення щодо доказового значення матеріалів оперативно-розшукової діяльності доповнено змінами, внесеними у ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД, відповідно до яких негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, прийнятим на подання керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника.

За результатами здійснення зазначених оперативно-розшукових заходів складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві. Але процедура використання таких протоколів і додатків до них не встановлена ні в Законі про ОРД, ні тим більше в КПК, у тому числі в останній редакції його проекту. Відсутність процесуального порядку реалізації ст. 8 Закону про ОРД у КПК може призвести як до неефективної дії цієї норми, так і до порушень законодавства при її застосуванні.

Слід зазначити, що протоколи оперативно-розшукових заходів і додатки до них прямо не передбачені як джерела доказів ні в чинному КПК (ч. 2 ст. 65), ні в останній редакції його проекту (ч. 3 ст. 132).

У ч. 2 ст. 132 цього ж проекту КПК зазначено, що доказами є також відомості про факти, зібрані органом дізнання в результаті оперативно-розшукових заходів, якщо вони перевірені дізнавачем, слідчим чи судом у порядку, передбаченому цим КПК.

Згідно з Законом про ОРД відомості про факти, що мають відношення до злочину, збирають і підрозділи, наділені правом ведення оперативно-розшукової діяльності, але не є органами дізнання (підрозділи оперативного документування, розвідки, оперативно-технічні та ін.). Тому, на наш погляд, у цій статті слова «органом дізнання в результаті оперативно-роз-

шукових заходів» слід замінити на слова «підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність».

Відповідно до ст. 133 проекту КПК збирання доказів (тобто передбачений законом порядок) проводиться шляхом допитів, очних ставок, пред'явлення для впізнання, освідчування, оглядів, виїмок, обшуків, зняття інформації з каналів зв'язку, слідчих експериментів, перевірки показань на місці, екструзії трупа, призначення експертиз, одержання матеріальних об'єктів і документів від фізичних і юридичних осіб, витребування документів, призначення ревізій та фіксації перебігу і результатів цих дій у процесуальних документах. Не допускається збирання доказів шляхом, не передбаченим цим КПК.

Щодо такого процесуального способу збирання доказів, як зняття інформації з каналів зв'язку, то в цьому контексті має йтися про слідчу дію, яку необхідно детально регламентувати кримінально-процесуальним законодавством. Вона, безперечно, мусить істотно відрізнятися за своїм правовим статусом і процедурою здійснення від аналогічного оперативно-розшукового заходу, хоча за її змістом і метою здійснення має багато спільного з ним.

У ст. 138 проекту КПК встановлено, що допустимість доказів визначається законністю їх джерел, умов і способів їх одержання. Докази, зібрані з порушенням конституційних прав і свобод людини або з такими порушеннями кримінально-процесуального законодавства, які позначилися чи могли позначитись на їх достовірності, не можуть бути покладені в обґрунтування обвинувачення. Будь-який доказ, одержаний внаслідок застосування насильства чи інших незаконних дій, не може використовуватися для підтвердження обвинувачення. Не можуть бути доказами повідомлені свідком, потерпілим, підозрюваним, обвинуваченим та іншими допитуваними особами відомості, джерело яких невідоме, або його неможливо перевірити.

Тому при вирішенні питання щодо трансформації чи легалізації матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальне судочинство оперативні співробітники і керівники оперативно-розшукових підрозділів повинні обов'язково враховувати цю кримінально-процесуальну норму. Вважаємо за доречне, щоб вона знайшла своє відображення і в Законі про ОРД.



Із аналізу норм Закону про ОРД та КПК можна зробити, на нашу думку, висновок про те, що матеріали, надані органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, можуть бути прийняті органами розслідування тільки як речові докази (ст. 78 КПК, ст. 154 проекту КПК) або як інші документи (ст. 82 КПК, ст. 157 проекту КПК). Результати оперативно-розшукової діяльності на підставі постанови органу, який її здійснював, можуть бути подані органам розслідування лише в порядку, передбаченому ст. 66 КПК (ст. 133 проекту КПК).

Однак цю норму слід доповнити вказівкою на обов'язок органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, активно діяти в напрямку виявлення та розкриття злочинів.

Проведені в процесі доказування слідчі дії по перевірці цих доказів не змінюють їх процесуальної форми і не витісняють їх із доказування, а мають за мету лише підтвердити чи спростувати відомості, що містяться в речових доказах чи інших документах, за допомогою одержання нових доказів у ході розслідування кримінальної справи.

Гадаємо, що врахування наведених пропозицій щодо змін і доповнень до Закону про ОРД та до проекту КПК не тільки буде здійснено в інтересах оперативно-розшукової, слідчої, прокурорської та судової практики, але в цілому підвищить ефективність кримінального судочинства, забезпечить вирішення одного із його найважливіших завдань — охорону прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь.

*Надійшла до редколегії 20.06.01*

**І. Борисенко**, кандидат юридичних наук (НЮА України)

## **Організація та проведення тактичних операцій при розслідуванні вбивств з розчленуванням трупа**

У процесі розслідування виникають складні тактичні завдання щодо встановлення особи загиблого, місця вчинення вбивства і розчленування трупа, виявлення злочинця і знарядь